

POR

DOÑA FRANCISCA ARCE de Otalora, como madre y curadora de Doña Iuana y doña Isabel de Busto sus hijas, y de don Alonso Busto de Villegas su marido difunto, Corregidor que fue de Caxamarca.

CON

EL SEÑOR FISCAL.

SOBRE

Que este pleyto se remita a la Audiencia de Lima, de dõ de vino, para que se executen los autos de vista y reuista por ella proueidos.

PARA Inteligencia deste articulo breuemente se presupone.

1 Lo primero, que estãdo el dicho dõ Alonso de Busto exerciendo el oficio de Corregidor de Caxamarca, y teniẽ

do por ſu Teniente a Iuan de Vrquiça el año de 620. los denunciò en la Audiencia de Lima Frãciſco Nuñez Cauañas, por dezir, q̃ eſtãdo prohibido por leyes y ordenanças de las Indias, el cõtratar los Iuezes, y ſus Tenientes el dicho dõ Alonſo, auia dado orden y dineros al dicho Iuã de Vrquiça, para q̃ le compraſſe gran cantidad de nouillos y carneros, y cõ la mano q̃ tenia los auia comprado a menoſprecio, y vendido y grangeado contra la dicha prohibicion: pidio ſer cõdenado el dicho dõ Alonſo en la perdida del dicho ganado, y ambos en las penas eſtatuidas por las ordenanças, y leyes de las Indias, y deſtos Reynos.

2 Lo ſegundo, que la denunciacian ſe admitiò, y embargò el ganado, y ſe vendiò, y ſe entregò el precio en el depoſitario. A lo qual ſe opuſo don Iuan Areualo de Eſpinoſa, pretendiendo, que los nouillos y carneros denunciados eran ſuyos, y que Iuã Vrquiça los auia comprado para el, y que aſsi ſe le auian de entregar.

Tomoſele la confeſsion a don Alonſo de Buſto, y dixo, que los dichos nouillos erã para el dicho don Iuan, y no para el, ni comprados con ſu dinero.

3 El denunciador replicò, que era fraude, y que los dichos nouillos eran y pertenecian al dicho dõ Alõſo de Buſto, y para el, y con ſu dinero los auia comprado ſu Teniente. Hizoſe prouança por todas las partes, y ſalio ſentencia de reuiſta de la Audiencia, en que fue condenado el dicho don Alonſo en tres mil peſos de a ocho reales, y en las coſtas, cõ lo qual el dicho don Iuã Areualo de Eſpinoſa pidio ſe le entregaſſe la cãtidad que de los dichos nouillos eſtaua depoſitada, atento q̃ no ſe auian dado por perdidos, ni declarado a quien pertenecia, que era preciſo le tocaſſen a el como dueño verdadero.

La

4 La Audiencia mandò dar traslado deste pedimiento a don Alonso de Busto, y Iuan Vrquiça, y ellos consintieron se les entregasse la dicha cantidad, quedando en el depositario los tres mil pesos y costas en que don Alonso auia sido condenado; y la Audiencia lo proueyò assi, dando fianças las partes de que si en el grado de segunda suplicacion, que pendia en el Consejo, se aumentare la condenaciõ, lo pagaran.

5 Lo tercero, que como està dicho, el señor Fiscal suplicò segunda vez de la sentencia de reuista, pretendiendo, que las condenaciones se auian de aumentar, y que los nouillos se auian de dar por perdidos. Y estando pendiente en el Consejo en el dicho grado, el Fiscal de la Audiencia de Lima se querellò del dicho Iuan Vrquiça, y Pedro de Chaues Escriuano, por dezir, que las cedulas, y demas escrituras, por donde el dicho don Iuan de Espinosa justificaua el ser suyo el dicho ganado, eran falsas, y falsamente fabricadas por los susodichos. Y auiendose conocido desta querella, la Audiencia condenò al escriuano en priuacion de oficio, y otras penas, y a Iuan Vrquiça por ser ya muerto, le condenò en mil pesos: y ningunos destos autos se hizieron con don Iuan de Espinosa, ni don Alonso de Busto, ni se declarò no pertenecer el deposito al dicho don Iuan de Espinosa, antes el dicho don Iuan siempre declarò ser suyo.

6 Y auiendose proseguido, y visto en el Consejo, sobre si auia o no grado de segunda suplicacon, se declarò no auerle, y se mandò boluer el pleyto a la Audiencia.

7 Lo quarto, que estando este pleyto ya en la Audiencia con el auto del Consejo, la parte de don

Alonso

Alonſo de Buſto y don Iuan de Areualo de Eſpinoſa pidieron, que pues ſe auia denegado la ſegunda ſuplicacion, ſe les mandaſſe entregar la cantidad de peſos que eſtauan embargados, como eſtaua mandado, ſin grauamen alguno, como conſta del pedimiento, fol. 142. p. 2.

8 Mandoſe dar traslado al Fiſcal de Lima, el qual folio 145. B. reſpondio, que en quanto à don Alonſo lo auia viſto, y en quanto a don Iuan de Eſpinoſa lo contradezia, por no eſtar expreſſada en la executoria de los autos de ſegunda ſuplicacion.

9 Con lo qual ſe proueyò auto en veinte y ocho de Setiembre de mil y ſeiſcientos y veinte y ſeis, folio 148. en que ſe mandò, que ſin embargo de la contradicion del Fiſcal, que le declararon por no parte en eſta cauſa, ſe entregue la cantidad depoſitada a la parte de don Alonſo de Buſto, ò don Iuan de Eſpinoſa, moſtrando ſerlo con recaudos baſtantes.

10 Deſte auto ſuplicò el Fiſcal, fol. 149. y alegò por agrauios, que el dicho don Alonſo de Buſto auia siempre dicho, que el ganado no era para el, y aſsi no ſe le podia mandar entregar el dinero depoſitado que del auia procedido: y tampoco à don Iuan de Eſpinoſa, porque los recaudos en q̃ ſe fundaua, ſe auian declarado por falſos. Sin embargo, auiendoſe concluſo el articulo, ſe confirmò el auto de viſta, fol. 157. con lo qual tenian executoriado los dichos don Alonſo de Buſto, y don Iuan de Eſpinoſa, dos coſas. Vna que ſe les entregaſſe eſte dinero depoſitado: otra, q̃ el Fiſcal de ſu Mageſtad no era parte para pedir coſa alguna cerca deſto. Y en conſequencia deſta executoria ſe les mandò dar mandamiento para que el depoſitario entregaſſe, y que legitimaſen ſus perſonas con poderes baſtantes, fol. 158. B.

Lo

11 Lo quinto, que el Fiscal de la dicha Audiencia, sin embargo de la dicha executoria, vsò de dos remedios. El primero fue, suplicar dela dicha executoria para ante la Audiencia, alegando lo mismo que auia alegado, a que se concluyò por las partes, que se hallaron en Audiencia publica, fol. 159. El otro fue parecer ante el Doctor Gutierrez Flores, Visitador de la Audiencia, y pedirle que mandasse traer este pleyto a la visita, y verle, y emendar el agrauio que le auia hecho la Audiencia, y que se suspendiesse la execucion de los autos, pues era cierto que esta plata de Potosi toda era mostrenca, pues no tenia dueño, y assi el era parte, consta de la peticion, folio 161.

12 Y auiendose traido el pleyto ante el Visitador, y alegado el Fiscal muy largo, por auto de diez de Março de seiscientos y veinte y siete, fol. 168. se mandò por el, que el dicho pleyto se boluiesse a la Audiencia, para que el Fiscal fuesse oido en razon de lo que auia alegado ante el dicho Visitador.

13 Y auiendose alegado otra vez muy largamente por las partes, se proueyò otro auto en quinze de Iunio de seiscientos y veinte y siete, fol. 173. en que se confirmaron los dos, y se mãdò entregar la plata a los herederos de don Alonso de Busto, y se añadio fuesse con aprouacion de dichos herederos, y de Iuan Vrquiça.

14 Sin embargo de todos estos autos, el Fiscal no se quietò, y boluio a suplicar de los dichos autos, diziendo de nulidad dellos, por dezir que eran contra los autos proueydos por la Audiencia, en que le auian mandado saliesse a la causa, y le auian hecho parte: y que el declararle por no parte en estos, era nulidad notoria, y boluio a dezir lo mismo que estaua repelido por tantos autos, y vencido.

15 La parte de don Iuan Areualo de Espinosa contradixo la suplicacion, por ser contra las leyes del Reyno. Y la

Audiencia por auto de nueue de Iulio 1627.fol.175.mãdò,,que sin embargo de las dichas nulidades, se cumpliessẽ los autos proueydos, y se despachasse mandamiẽto, y que hasta tanto no se entregasse el pleyto al Fiscal, ni a otra persona.

16 Lo sexto, que sin embargo de las dichas dos executorias, el Fiscal de la Audiencia boluio a quexarse al Visitador de lo proueydo por la Audiencia, alegando lo mismo que tenia alegado fol. 170. Y auiendose traido el pleyto a la visita, y concluso el articulo, el Visitador en veinte y seis de Febrero de 628.fol.184. mandò se executassen primero los autos de la Audiencia. Y añadio, q̃ la dicha cantidad se entregasse con fianças depositarias, de que bolueran la dicha cantidad siempre que su Magestad lo mandare, y mandò remitir este pleyto al Consejo, para que en el se vea y determine: con lo qual no se han executado hasta aora los autos de la Audiencia, ni entregado el deposito a los herederos del dicho don Alonso de Busto, ni al dicho don Iuan de Espinosa.

17 Lo septimo, que estando el pleyto en el Consejo, remitido por el dicho Visitador, los herederos del dicho dõ Alonso de Busto pretenden, que se ha de remitir a la Audiencia este pleyto, para que execute sus autos, que por auerse traydo el pleyto original, y no auer dexado allà traslado, no se ha conseguido, de que se dio traslado al señor Fiscal del Consejo, el qual alegò lo mismo que el Fiscal de Lima, y pretende se retenga el pleyto en el Consejo, para que en el se trate de la nulidad de la executoria: a que se concluyò por parte de los herederos del dicho dõ Alõso, y sobre esto està visto en el Cõsejo.

18 Quibus suppositis, se propondan dos fundamentos correspondientes a los dos generos de excepciõ de cosa juzgada, que tiene don Alonso de Busto contra la pretension del señor Fiscal.

19 Antes de entrar en este fundamento se deue notar, q̃ el

el señor Fiscal no es parte para introduzirse en este pleyto, pues està excluso por los autos de vista y reuista de la Chancilleria, donde se declarò por no parte: y basta que el Fisco estè excluso, para que no pueda inquietar a los que fueren parte, para que se les entregue el dinero, reo enim sufficit ad victoriam alegare defectum iuris agentis, *l. loci corpus, §. competit, ff si seruit. vendicetur*, & non est curandum de iure possessoris, quando de iure actoris non constat, *l. fin. C. de reiuind. Bald. in l. planè ff. de petit hæred. Vbi quòd ad exceptionem fundandam attenditur potiùs defectus agentis, quàm iustitia opponentis, l. militis codicillis, §. veteranus, ff de testam. militis, & pluribus comprobat Riminald. iunior 112. num. 89. & seqq. Lancel. de attent. 3 part. cap. 24. q. 1. num. 36. Vbi quòd reo sufficit vincere per non ius actoris, Rota apud Farin. decis. 652 part. 2. in recent. num. 2. post medium, vbi quòd possessor non tenetur proprium dominium probare*: y asi no deuia ser admitido el señor Fiscal, y esto bastaua para repeler su pretension.

FVNDAMENTO PRIMERO.

Por la primera cosa juzgada del delito principal.

20 EL hecho desta executoria està referido supra num. por donde parece, que por el delito de que fue acusado don Alonso, que consistio en cõprar nouillos, y carneros, contra las cedulas y ordenanças de las Indias, siendo Gouernador de Caxamarca, fue condenado por la Audiencia de Lima en tres mil pesos.

21 Y suplicando desta condenacion el Fiscal de aquella Audiencia, se declarò en el Consejo no auer grado de segunda suplicacion, por lo dispuesto por la *l. 11. tit. 20. lib. 4. Recopilat.*

Y del

Y del auto en que el Consejo declarò esto, no se puede suplicar ordinaria, ni extraordinariamente, vt probatur *in l. 5. tit. 20. lib. 4. Recopil.*

22 Conforme a esto tiene cosa juzgada don Alonso, para que no se pueda proceder contra el sobre el mismo negocio en el Consejo, ni en otro Tribunal alguno, *l. qui de crimine, C. de accusation. l. si cui, §. ijsdem, & ibi Bart ff. eod. tit. cap. de his, vbi Abb. & alij, de accusat. Caual. Centuria 1. casu 93. num. 1. & 2. Guazin. de defensione reorum, defension. 2. capit. 7. & cùm pluribus Giurba cons. 53. num. 17.*

23 Et idem procedit in officiali, que siendo condenado, y sentenciado en residencia de gestis in officio, no puede ser mas molestado; *Puteus de syndicat. verb. officialis, cap. 1. num. 2. & cum pluribus Mastril. de Magistrat. lib. 6. cap. 6. num. 28. & 29. & cap. 11. num. 12. Giurba d. cons. 53. num. 18. qui infinitos congerit.*

24 Et hoc etiam procedit, si absolutio sequatur ex vi legis, vel constitutionis per lapsum instantiæ ad syndicatum præfixæ, vt per *Mastril. d. lib. 6. cap. 6. num. 20. & sequent. & præcipuè num. 24. & 25.*

25 Adeo quòd Rex non possit suo rescripto præcipere, quòd iudex iterum syndicetur, vt post *Siluan. & Bursat. à se relatos, tradit Giurba dict. cons. 57. numer. 17. ad finem.*

26 Nec obstabit replicare, que teniendo el dicho don Alonso de Basto perdido todo el ganado, conforme a las ordenanças, no fue cõdignamente castigado en tres mil pesos, y que assi se puede boluer a proceder contra el.

27 A que se responde. Lo primero, que toda via obsta la cosa juzgada, etiamsi mitiori pœna fuisset cõdemnatus, vt tradit *Bald. cons. 34. in fine, lib. 1. quē sequitur Boer. decis. 289. n. 1. Guacin. defens. 2. cap. 7. num. 23. vers. Amplia etiam si ab vno iudice.*

Lo

28 Lo segundo, que la pena que se le impuso al dicho dõ Alonso, fue condigna al pretenso delicto, y aun mayor: porque lo que prohiben las cedulas, leyes del Reyno, y el derecho comun, es, que los Iuezes Oficiales, y Corregidores, no traté, ni tengan comercio en las partes donde lo fueren: y para incurrir en esta pena, es necessaria frequencia de actos, y no basta cõtratar vna, ò dos vezes. *Bart. in l. seruus legatis, num. 3. ff. de legat. 3. Bald. in rubr. num. fin. C. de constit. pecun. Puteus de syndicat. verb. contrahere cap. 2. n. 1. ad fin. & nu. 2. Auilès in cap. 2. Prætorum glos. de mercaderia, nu. 2. & seqq. Matienç. in dialog. Relat. 3. p. c. 28. n. 2. & 3 pag. 155. Bobadill. in Politic. lib. 2. cap. 12. numer. 5. pag. 557.* donde in indiuiduo resuelue, que para incurrir en las penas en que se prohibe à los Corregidores, y Oficiales publicos contratar, que es perder la mercaderia y el oficio, es necessaria frequencia de actos. Idem tradit *Rouit. ad pragm. 1. de mercatur. Officialib. prohibita, n. 5.* qua tenus pro limitatione illius pragmaticæ refiere à *Auilès y Matienç. locis citatis, optimè Riccius decis. 475. nu. 7. & seqq. in praxi Eccles. p. 1. edit. in pag. 97.*

29 Y la denunciacion que se hizo contra don Alonso, solo fue de vn empleo, que se pretendio hizo por mano de Iuan de Vrquiza su Teniente: y ponderãdo los juezes estas doctrinas, y la culpa del dicho don Alonso, moderaron la condenacion en los dichos tres mil pesos, que pagò luego.

30 Lo tercero, que esta condenacion en pena extraordinaria no solo se puede ponderar contra don Alonso, mas antes es precisa en su fauor, para prouar, que lo q̃ hizo, y se le impuso, no es delito, vt probatur *in l. etsi seuerior, & in l. si Posidineum, C. ex quib. caus. infamia irroget. Vbi, quòd condemnatus in pœna extraordinaria propter delictum, infamiam non incurrit.* Optimè *Bart. in dict. l. etsi seuerior, in 2. lectura, in versic. Circa quod*

dicas. Ex cuius distinctione colligitur, *quòd quando cum causæ cognitione iudex condemnat in minori pœna ea quæ est imposita propter delictum, videtur super infamia transactus, melius Bald. ibi, num. 22, vers. Quarta, digressio est, vbi quòd quando causa cognita pœna est minorata, ibi plenè purgatur delictum per minorem pœnã: & ideò ibi purgatur infamia: Salicet. ibi numer. 8. vbi in omnibus sequitur Bart. distinctionem, idem Bart. in l. 1. ff ad Turpillian. num. 9.* vbi in effectu eandem sequitur distinctionem *Decian. respons. 34. num. 30 lib. 4. vbi quòd sententia condemnans in pœnam extraordinariã, non infamat. Gama decis. 139. Dubitatum fuit in processu, num. 6. vbi in pulchro casu resoluit, condemnatum pœna extraordinaria propter famosum libellum infamiã non incurrere, eleganter Rouit. ad pragmat. 3. de militib. num. 31. vsque ad 34.*

31 Nec obstabit replicare, que por lo menos por la dicha executoria està condenado don Alonso por auer contratado en el oficio, y que assi entra la pena legal de la perdida del ganado.

32 A que se responde, que la condenacion fue en pena extraordinaria, y que della no se puede inferir culpa, ni infamia por el dicho delito, antes se conuence que no le cometio, vt proximè dictum est.

33 Prætereà, la sentencia de confiscacion de bienes es stricti iuris, y della no se puede induzir mas de lo que dispone. *Decius cons. 445. In casu à me transmisso, num. 67. Roland. consil. 29. numer. 16. lib. 3. Carpan. ad statut. Mediolanens. tom. 3. in cap. omnium, super verb. publicentur, num. 573. 574. Gratian. tom. 5. cap. 823. num. 21. & seqq. vbi quòd sententia condemnans ad damna & expensas, non comprehendat pœnam, quæ ex delicto consequitur.*

34 Et magis in terminis que la sentencia, en que se declara que vno cometio vn delito, no se puede executar

tar en la pena de perdimiento de bienes, que la ley impone al delito, ni estenderse a los bienes, ni pedirlos en virtud della, probat *Nell. de Sancto Geminiano, de bannitis, 1. part. 2. temporis, quæst. 11. ad finem,* vbi dicit, *ita Genuæ fuisse iudicatum. Decian. consi. 56. numer. 66. volum. 2. Peregrin. de iure fisc. lib. 5. tit. de publicat. bonorum, num. 23 & 48. Rouit. in rubric. de sententia fori iudicationis, num. 23. & meliùs in pragm. 3. de militib. ex n. 20. vsque ad 31. Mastrill. de magistrat. lib. 3. c. 10. num. 406.*

35 Iuuat etiam doctrina *Innocentij in cap. qualiter & quando el 2. de accusation. num. 10. vbi quòd clericus condemnatus pro delicto, pro quo esset priuandus beneficio, non censetur priuatus, nisi expressè dicatur in sententia, sequitur Garcia de benefic. par. 11. cap. 3 numer. 98. Salgado de Regia protectione, part. 4. cap. 9. ex numer. 66.*

El caso deste pleyto es mas facil, porque las sentencias de la Audiencia condenan expressamente en pena extraordinaria, de que se prueua no ser delito el que se le impuso al dicho don Alonso.

36 Nec obstabit si secundò replicetur, que la dicha executoria se obtuuo contra don Alonso, no porque cometio este delito, sino porque consintio que Iuan Vrquiza su Teniente contratasse, aunque fuesse en nombre de otro, y no porque el dicho don Alonso huuiesse contratado, porque siempre lo negò: y que el dicho ganado fuesse suyo, y que constando aora que lo es, pues sus herederos piden el precio, se puede en virtud de la dicha confession proceder de nueuo, como pide el señor Fiscal. A que se responde.

37 Lo primero, que en esta question se pueden ofrecer tres casos.

38 El primero es, si don Alonso huuiera sido absuelto, porque no cometio delito, ni lo fue el que se le im-

putò

puto: en este caso es llano, que sobreuiniendo nueua prouança no puede ser inquietado, porque fue sentencia difinitiua la que se pronunciò, la qual no se puede retractar ex nouis probatio. *Clarus in praxi, §. fin. quæstione 57. numer. 2. versic. Et quidem conclusio. Farinac. quæstione quarta, 5. limitatione, numer. 23. & 24. Caualcan. casu 93. numer. 5. Guacin. de defensione reorũ, defens. 2. cap. 7. numer. 4.* El qual caso se aplica al nuestro: porque por auer sido condenado don Alonso en pena extraordinaria, fue absuelto en el efecto, ò por lo menos siguio la Audiencia en parte la opinion de los Doctores referidos numer.   que no tuuo por punible vn acto de contratacion y comercio, y templò el rigor que en esto podia auer con dar la dicha pena.

39 Y assi se deue presumir de derecho: porque considerando lo alegado por el Fiscal y denunciador, y prouanças que se hizieron, resulta clarissima prouança de que el ganado fue del dicho don Alonso, y que los juezes se persuadieron a ello Et non est dare mediũ, sino que ò el ganado era de don Alonso, ò no lo fue. Si no lo fue, seria injustissima la sentencia y agrauiada, condenarle sin culpa en tres mil pesos. Si fue suyo (como lo entẽdieron los juezes) absque dubio siguieron en parte la opinion referida, para no tener por punible vn acto de comercio. Y quando pudo auer diuersos motiuos para pronunciar sentencia, se deue presumir que se pronunciò por el que consta por los autos, vt in specie tradit *Guacin. dict. cap. 7. numer. 11.* y por el menos perjudicial a la parte condenada. *Butrio in cap. aduersario, de exception. numer. 6. ad medium. Rota decis. 14. titul. de re iudicat. in antiquis, Socin. in l. si à te, numer. 4. ff. de exceptione rei iudic. Schraderio de feudis, tomo primo, part. 9. cap. 7. numer. 92.*

Et

40 Et verba ſententiæ debent intelligi eo modo quo condemnatus minus damnum patiatur, *Bart. in l. Iulianus, num. 5. ff. de condict. indebiti, Craueta conſil. 188. num. 6. Menoch. conſil. 307. num. 64. Riminald. iunior conſil. 48. num. 63. lib. 1.*

41 El ſegundo caſo es, quando de lo que es acuſado el reo es delito: pero abſueluenle, quia non fuit probatum: y deſpues de la executoria ſobreuienen nueuas prouanças, que obligaran a condenarle: & hoc caſu veriſsima eſt etiam concluſio, que obſta excepcion de coſa juzgada, y no ſe puede retractar prætextu nouarum probationum, porque es difinitiua, y paſſa en coſa juzgada, vt per *Couar. lib. 1. variarum cap. 1. num. 8. verſic. Quartò conſtat, & lib. 2. cap. 10. nu. 1. verſic. Primò hæc regula, Theſaur. deciſ. 122. ſub num. 13. in 6. ampliatione, Farinac. quæſt. 4. num. 27. in principio, & iterùm ſub num. 28. verſic. Sed quid in dubio, Caual. caſu 93. num. 4. & ſequent. Guacin. dict. cap. 7. nu. 5. & 6.* qui plurimos alios referunt.

42 Conforme a eſto, ſi don Alonſo fue abſuelto, quia non probatum, no ſe puede boluer ſobre la executoria, etiam nouis probationibus detectis.

43 Añadeſe a eſto otra circunſtancia muy fauorable al dicho don Alonſo, q̃ es ſer eſte caſo de reſidencia, y ſi el oficial quedò libre della, ò por ſentencia abſolutoria, vel per lapſum inſtantiæ, no ſe puede boluer a proceder contra el, etiamſi crimen manifeſtiùs cõprobetur per confeſsionem ipſius officialis, vt pluribus relatis tradit *Maſtril. de Magiſtrat. lib. 6. cap. 6. num. 31.*

44 El tercero caſo ès, quando la ſentencia no es difinitiua, ſino ab obſeruatione iudicij: tunc enim ex nouis probationibus, ſe puede boluer a proceder, *Caual. dict. caſu 93. num. 8. & 9. & ſequentib. Guacin. dict. cap. 7. num. 7.*

45 Y este caso no es el nuestro, por auer sido la executoria difinitiua: y aun en caso que la executoria sea ab obseruatione iudicij, *Caual. d. casu* 93. *n.* 43 aduierte que las nueuas prouanças que sobreuienen han de ser de diferente genero y calidad, q̃ las primeras que quedaron reprouadas por la executoria.

46 Lo segundo se responde, que aunque en el pleyto sobre que cayò la executoria, el dicho don Alonso de Busto alegasse y confessasse, q̃ el dicho ganado no era suyo, auiendolo impugnado el Fiscal y denunciador, y hecho prouança sobre ello, auiendose seguido sentencia en que se reprouò la confession del dicho dõ Alonso, pues fue cõdenado en 3ij. pesos, sin embargo de su negacion, puede aora etiam inter easdẽ partes alegar lo contrario, sin que le obste la confession, vt probat *Innocent. in cap. mulieri, de iure iurand. Alex. in l. 2. C. de edendo, num. 27. Veral. decis. 197. par. 1. Tusch. tom. 6. litera P. conclus. 872. n. 26. Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de probat. resolut. 1. n. 29. Rota apud Farinac. decis. 270. n. 1. par. 2. in recentior. Moneta in tract. de iudice conseruatore, pag. 7. n. 191. Mancin. de confessione, cap. 1. num. 57. & cap. 7. num. 24.*

47 Ex quibus omnino patet, que esta executoria es firmissimo fundamento en fauor de los herederos de don Alonso de Busto, para que no puedan ser molestados sobre el mismo delito.

FVNDAMENTO SEGVNDO.

Por la segunda executoria.

48 EL Hecho desta segunda executoria, que en el efeto vienen a ser dos, està referido supra ex num. 7. De que resulta, que quando en lo propuesto en el primer fundamento, huuiera alguna duda, se allana con

estas

estas executorias, pues sin embargo de lo que aora se dize por el señor Fiscal, que es lo mismo que se dixo por el Fiscal de Lima, se mandò entregar el deposito a los herederos de don Alonso de Busto, y a don Iuan de Espinosa, legitimando sus personas.

49 Con lo qual se declarò, que la primera executoria auia castigado bastantemente a don Alonso, aunque los ganados fuessen suyos.

50 Y tambien se executoriò, que aunque huuiesse alegado y negado, que el ganado fuesse suyo, podia aora pedirle como suyo, por no perjudicarle la negacion ya vencida, y reprouada por la executoria; de suerte que todo quanto aora se alega, està decidido y determinado por estas segundas executorias, que obstan al señor Fiscal.

51 No obsta replicar, que respeto de Iuan de Espinosa ay executoria, en que Pedro Chaues, escriuano ante quien passaron los papeles, por donde el dicho don Iuan justificò ser suyo el ganado, fue condenado en priuacion de oficio, con presupuesto que auia fabricado falsamente las dichas escrituras y papeles.

52 Porque (como se ha dicho supra num. 5.) este processo y sentencia se ventilò entre el Fiscal de la Audiencia, y el dicho Pedro de Chaues escriuano, y Iuan Vrquiça, sin que para ello huuiesse citacion del dicho don Iuan, ni de don Alonso de Busto, ni sus herederos: y assi no les perjudica a ninguno la dicha executoria, por la regla vulgar del titulo res inter alios acta, & in specie, que la sentencia pronunciada contra el escriuano, por auer fabricado escritura falsa, no perjudique a la parte que se vale della, ni diminuya la fee de la escritura, *Bart. in l. Lucius, numero 1. ff. de his qui notantur infamia, & ibi Paul. vbi*

dicit

dicit requiri, quòd de nouo pars citetur, & nouus processus fulminetur super falsitate, idem Bart in l. 2. ff. de præuaricat. plenè Roland. consil. 13. numer. 15. lib. 2. Surd. decis. 135. num. 3. latissimè consil. 173. numero 82 lib. 2. Grassis de exceptionibus, exceptione 29. num. 15. Scaccia de re iudicat. glos. 14. quæst. 12. num. 109. pag. 481. Carrotius in tractatu de remed. contra sententias, exceptione 97. num. 5.

53 Con esto concurre, que in indiuiduo se opuso por el Fiscal de Lima este defecto, de que don Iuan de Espinosa no era parte, y sin embargo se pronunciaron los dichos autos, los quales no contienen absolutamente, que el dinero depositado se entregue al susodicho, y a los herederos de don Alonso de Busto; porque es con calidad, que han de legitimar su derecho: y aunque la dicha executoria super falsitate instrumentorum se huuiera litigado con el dicho don Iuan, lo que con esto se prouara era, que las escrituras eran falsas; pero no que el ganado no le pertenecia, pues aunque se anule el instrumento por falsedad, o otro defecto, no queda reprouado el contrato, y se puede prouar aliunde, *Bald. in l. alia, num. 2. C. de his quibus indignis, Boss in praxi, titul. de falsis, num. 34. Menoch. consil. 881. num. 14. lib. 9. Grassis except. 29. num. 19. & 20.*

54 En quanto a las nulidades, que se oponen contra estas executorias, tambien se desvanecen, por no auer color, ni fundamento para ellas extante la justificacion de las dichas executorias, que se ha fundado: y quando huuiera alguna nulidad, quod negatur, no se puede admitir contra la sentencia del Consejo, ò Chancilleria; *ex l. 4. tit. 17. lib. 4. Recopil.* que excluye la alegacion de qualquier nulidad, aunque sea euidente y notoria, y que resulte de los

autos

autos del processo,y *Azeuedo alli num. 5.6.& 7.*dize, que las palabras de aquella ley son muy generales,y que excluyen qualesquier nulidades, aunque sean mayores que las expressadas.

55 Y tambien excluyen la restitucion in integrum, vt latè disputat *Azeued.in dict.l.4.ex num.3. vsque ad 11.* lo qual està determinado y ampliado por la Prematica del año de seiscientos y quinze, en que se excluye la restitucion in integrum contra la executoria.

56 Deniquè,en quanto el Visitador de la Audiencia, se ha entrometido en este negocio,ha excedido, por no ser materia de visita, ni tocar a su comission, antes deuia mandar executar las executorias,como en efeto lo mandò por el auto de remission, porque fue condicional, cumpliendose los autos de la Audiencia: y assi primero que viniesse el pleyto, se auian de executar los dichos autos, y el agrauio que doña Francisca Arce de Otalora ha formado, ha sido este de que el Visitador con el hecho aya de impedir la execucion de los autos de la Audiencia.

Ex quibus concludimus, auerse de remitir este pleyto a la Audiencia de Lima,para que se executen las executorias. Saluo,&c.